

ESPAÑA ANTE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL POR LOS RECORTES A LAS ENERGÍAS RENOVABLES: UNA REPRESENTACIÓN EN TRES ACTOS, POR AHORA

SPAIN BEFORE THE INTERNATIONAL ARBITRATION FOR THE CUT TO RENEWABLE ENERGIES: A REPRESENTATION IN THREE ACTS, FOR NOW

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ*

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Castilla-La Mancha
orcid ID: 0000-0002-2062-967X*

Recibido: 11.07.2017 / Aceptado: 12.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3895>

Resumen: El 4 de mayo de 2017 se hizo público el tercer laudo en relación con la saga de arbitrajes contra España por las medidas en el ámbito energético. Después de dos victorias de España, el tercer laudo en el caso Eiser, ha sido el primero donde el tribunal arbitral ha concedido una indemnización a los demandantes en relación con las medidas aplicadas que suponen un recorte de los incentivos y beneficios ofrecidos para promover la inversión en el sector de energía solar fotovoltaica. La interpretación del tratamiento justo y equitativo en estos casos y, especialmente en el caso Eiser, puede tener un gran impacto en los arbitrajes que todavía están pendientes contra España por las mismas medidas.

Palabras clave: arbitraje de inversiones, energías renovables, medidas legislativas, expropiación indirecta, tratamiento justo y equitativo.

Abstract: On May 4, 2017 the third final award on the Spanish energy arbitration saga was unveiled. After two wins for Spain, the recent award in Eiser case has been the first where the arbitral tribunal has granted damages for the claimants, in relation to the measures applied to cut the incentives and benefits offered to promote investment in the photovoltaic solar power sector. The interpretation of the fair and equitable treatment in these cases, specially in the Eiser case, can have a great impact in the remaining arbitrations against Spain for the same measures.

Keywords: investment arbitration, renewable energies, legislative measures, indirect expropriation, fair and equitable treatment.

Sumario: I. Planteamiento de la cuestión: arbitraje internacional como medio para resolver las disputas inversor-Estado. II. El laudo en el caso Charanne c. España. 1. Los medios eficaces para el ejercicio de los derechos. 2. La expropiación indirecta. 3. El trato justo y equitativo. III. El laudo en el caso Isolux c. España. 1. La pretendida violación del artículo 10 del Tratado de la Carta de la Energía. 2. La pretendida violación del artículo 13 del Tratado de la Carta de la Energía. IV. El laudo en el caso Eiser c. España. 1. Las medidas impugnadas y las reclamaciones presentadas por el inversor. 2. El umbral de la obligación de trato justo y equitativo. V. Una mirada al futuro.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación titulado “Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia”, DER2016-74945_R.

I. Planteamiento de la cuestión: arbitraje internacional como medio para resolver las disputas inversor-Estado

1. El 4 de mayo de este año 2017 se hizo público el laudo final en el asunto Eiser c. Reino de España por parte de un tribunal arbitral CIADI, en donde se condena a España por violar sus obligaciones de protección de los inversores extranjeros contempladas en el Tratado de la Carta de la Energía y se fija una indemnización de 128 millones de euros más intereses¹. Es la primera vez que España pierde un arbitraje internacional como consecuencia de las demandas presentadas por los inversores extranjeros en relación con las medidas legislativas tomadas por los distintos gobiernos de nuestro país para reducir, en un primer momento, y posteriormente, eliminar las ayudas e incentivos a la actividad de generación eléctrica, mediante el aprovechamiento de las fuentes de energías renovables y especialmente, la solar fotovoltaica.

2. El fallo de esta sentencia arbitral contrasta con los dos anteriores casos ya resueltos por dos tribunales arbitrales constituidos bajo las reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, casos Charanne y Construction Investments c. Reino de España² e Isolux Infraestructure c. Reino de España³, donde nuestro país había impuesto sus tesis, defendiendo la legitimidad y legalidad de las acciones regulatorias llevadas a cabo, no pudiendo considerarse que las mismas fueran violatorias de los derechos de los inversores extranjeros.

3. En este momento⁴, por tanto, tenemos ya tres laudos de la que podemos denominar saga de los arbitrajes contra España sobre energías renovables. Una cantidad que irá aumentando en un futuro si tenemos en cuenta que en la actualidad existen al menos 29 demandas contra nuestro país en distintos foros arbitrales⁴, todas ellas, fundamentadas en las pretendidas violaciones de las obligaciones contraídas por España como parte contratante del Tratado de la Carta de la Energía –TCE–⁵.

4. El origen de todas estas demandas hemos de situarlo en la política de atracción de inversiones que diseñó el gobierno español desde los años 2004 a 2008, una política que también siguieron otros países de nuestro entorno⁶. Sin embargo, el marco regulatorio inicial previsto esencialmente en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo y por el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, era con mucho, el más generoso para los inversores en función de los incentivos diseñados para fomentar el uso de energías renovables en la generación de energía eléctrica⁷. Ello provocó, como cabía esperar, que las inversiones tanto de inversores nacionales como de extranjeros creciese de manera exorbitante ante la esperanza de conseguir unos cuantiosos beneficios.

¹ El laudo final puede consultarse en la dirección electrónica https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf, [consultado el 10 de julio de 2017].

² Este laudo puede consultarse en la dirección electrónica <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf>, [consultado el 10 de julio de 2017].

³ Aunque este laudo estaba sometido a una estricta obligación de confidencialidad, se ha filtrado muy recientemente su contenido, pudiendo consultarse en la dirección electrónica <http://www.hispanidad.com/wp-content/uploads/2017/06/Laudo-C%C3%A1mara-de-Estocolmo.pdf>, [consultado el 10 de julio de 2017].

⁴ De acuerdo con los datos que manejamos, quedaría una pendiente ante el Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya, otra pendiente ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y las restantes ante el CIADI. Sobre esta cuestión, Vid. La noticia publicada en el diario El País, “España recibe otra demanda tras el revés por las renovables”, de 23 de mayo de 2017, disponible en https://economia.elpais.com/economia/2017/05/23/actualidad/1495564066_623430.html, [consultado el 10 de julio de 2017].

⁵ Vid. A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 7, nº.2, 2014, pp.369-397; S. MEJÍA GARCÍA, “Procedimientos arbitrales contra el Reino de España por los cambios regulatorios en el sector de las energías renovables”, *La Ley Mercantil*, nº.3, 2014, pp.94-100.

⁶ Así, podemos citar, entre otros, a Alemania, República Checa, Italia, Francia y Eslovaquia.

⁷ M. LÓPEZ ESCUDERO, “Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables”, en *España y la práctica del Derecho internacional: LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC*, Madrid, MAEC, 2014, pp.228-229.

5. Sin embargo, la dura realidad de la crisis económica mundial cambió de manera radical los presupuestos y circunstancias sobre los que se había basado este régimen especial de producción de energía eléctrica. Las cuentas del Estado comenzaron a deteriorarse, y en concreto, en relación con el sector eléctrico, los siguientes años mostraron un aumento importantísimo del déficit tarifario, en gran medida por la creciente retribución en forma de ayudas a las instalaciones de tecnología solar fotovoltaica, apoyada por su mejora de la competitividad debida al progreso en el campo tecnológico⁸.

6. Podemos señalar que dos grandes modificaciones se produjeron sobre este marco regulatorio inicial en los siguientes años para intentar parar la sangría de pérdidas económicas para el Estado en el sector eléctrico: una primera que podemos llamar “el paquete de medidas regulatorias del 2010” -básicamente RD 1565/2010 y RDL 14/2010- que supone, a grandes rasgos, una reducción o recorte de los incentivos inicialmente diseñados, y el “paquete de medidas regulatorias del 2013-2014” –especialmente RDL 9/2103, RD 413/2014 y Orden Ministerial IET/1045/2014– que implica la eliminación completa de dichos incentivos. Este radical cambio regulatorio, mediante medidas legislativas continuas, se puede decir que es, por tanto, la razón fundamental que está detrás de los litigios en los que actualmente se ha visto envuelto nuestro país mediante la iniciación de arbitrajes internacionales por parte de los inversores extranjeros en instalaciones fotovoltaicas en territorio español, que argumentan que estos cambios legislativos suponen una violación de las obligaciones de protección asumidas por España como Estado contratante en el Tratado de la Carta de la Energía.

7. La posibilidad de iniciar un procedimiento arbitral en donde se valore sobre la legitimidad y legalidad de dichas medidas regulatorias adoptadas por el gobierno español a la luz de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, sólo cabe a los inversores extranjeros. Tal y como ya hemos dicho, numerosos inversores nacionales también realizaron cuantiosas inversiones en este ámbito como consecuencia del régimen de incentivos diseñado. Y de la misma manera que los inversores extranjeros, vieron que en un primer momento se recortaban los incentivos concedidos y posteriormente, se eliminaban los mismos. Para reclamar frente a la adopción de estas medidas que perjudica gravemente sus intereses, los inversores nacionales han de acudir necesariamente a los tribunales españoles, cosa que ha sucedido en cientos de casos, que han llegado finalmente al Tribunal Supremo. Del mismo modo, varios gobiernos de Comunidades Autónomas han presentado recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, frente a las medidas regulatorias en cuestión. En ambas vías, de forma general, se ha argumentado por parte de los reclamantes que los cambios regulatorios violan los principios de irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima, y en todos los casos, con la excepción muy poco cuantitativa de los supuestos de instalaciones de tratamiento y reducción del purín, la jurisdicción española ha rechazado dichas pretensiones⁹.

8. Por el contrario, los inversores extranjeros, que también tienen la posibilidad de acudir a los tribunales del Estado de recepción de la inversión, en este caso, los tribunales españoles, tienen una segunda opción fundamentada en el Derecho internacional de inversiones¹⁰. En efecto, este Derecho internacional se basa en la actualidad en una serie de Tratados internacionales, tanto bilaterales como multilaterales, de protección de inversiones. Dichos Convenios responden de manera general a una misma estructura, distinguiéndose entre los aspectos sustantivos y los aspectos procesales de protección. Por una parte, establecen una protección sustancial en favor de los inversores de una de las partes cuando

⁸ Sobre esta cuestión, puede consultarse los trabajos publicados en la obra conjunta *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2015.

⁹ A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ Y P. NAVARRO RODRÍGUEZ, “Riesgo regulatorio en el sector de las energías renovables en España y poliarquía normativa: distintas soluciones para un mismo problema”, en *Riesgo regulatorio en las energías renovables II*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2016, pp.192-198.

¹⁰ Es verdad que no sólo los inversores extranjeros tienen abierta esta vía, sino también el gran inversor español con filiales o sociedades vinculadas al extranjero, lo que provoca una sensación de injusticia respecto de los pequeños inversores nacionales, tal y como pone de manifiesto I. IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, “A propósito del primer laudo condenatorio para España en el marco de las disputas relativas a los “recortes” en el ámbito de las energías renovables”, *La Ley*, nº.9013, 4 de julio de 2017, p.2.

realiza sus inversiones en el territorio de otra parte contratante. Esta protección sustancial se plasma en un conjunto de derechos de los inversores, también denominados estándares de protección tanto de tipo absoluto como relativo, entre los que se suelen incluir, entre otros, el tratamiento justo y equitativo, la plena protección y seguridad, el principio de no discriminación, la cláusula de la nación más favorecida, la protección del inversor frente la expropiación y, un compromiso de permitir la libre transferencia de rentas. Junto con dicha protección sustantiva y para que la misma se pueda hacer efectiva en la práctica, se incorporan una serie de disposiciones sobre arreglo de controversias inversor-Estado. En las mismas y de manera casi unánime, se ha incluido como método preferente y general, al arbitraje internacional¹¹.

9. Al esquema que acabamos de exponer responde precisamente el Tratado de la Carta de la Energía, fundamento de los procedimientos arbitrales abiertos hoy en día frente a España¹². Este Convenio multilateral incluye una serie de derechos de los inversores extranjeros –protección sustantiva–, que es acompañada por la opción de iniciar un arbitraje internacional frente a un Estado por parte de un inversor si considera que las acciones o medidas estatales discutidas suponen una violación de las obligaciones de protección contempladas. En concreto, otorgado el consentimiento avanzado para acudir al arbitraje por la parte estatal en la propia disposición de arreglo de controversias inversor-Estado, el artículo 26.4 del Tratado otorga a la parte inversora la triple posibilidad de acudir bien ante un arbitraje CIADI, o ante un arbitraje ad hoc siguiendo el reglamento de arbitraje de la CNUDMI, o bien ante un arbitraje a desarrollar en el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

10. Con estas premisas, el objeto del presente trabajo lo centraremos desde este momento, en el análisis de los laudos adoptados hasta ahora y especialmente, en las cuestiones debatidas sobre el fondo de la disputa¹³, particularmente sobre la alegada violación de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo, que es donde reside la esencial diferencia para que en el caso Eiser se haya condenado a España, por primera vez, al pago de una indemnización por daños y perjuicios.

II. El laudo en el caso Charanne c. España

11. El laudo en el caso Charanne c. Reino de España fue dictado el 21 de enero de 2016. Antes de nada, una primera consideración es importante para distinguir la conclusión a la que llegó este tribunal: en este primer caso, únicamente se impugnaron el paquete de medidas regulatorias del 2010. En concreto, la parte demandante alegó que nuestro país había incumplido lo previsto en el Tratado de la Carta de la Energía y, en concreto, que había violado el artículo 13 que contempla la obligación de no expropiar de manera injustificada y desproporcionadamente, que había incumplido el artículo 10.12 que contempla la obligación de establecer en el Ordenamiento nacional los medios eficaces para la tramitación de demandas y el ejercicio de derechos y, por último, que se había violado el artículo 10.1 que contiene la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo¹⁴.

¹¹ Hay que señalar que este esquema de solución de controversias ha sido puesto en entredicho en los últimos años, especialmente por parte de la Unión Europea, que defiende la necesidad de cambiar el modelo, incorporando la creación de un tribunal internacional de inversiones en sustitución del arbitraje internacional en los más recientes Acuerdos de Inversiones, como son el CETA o el celebrado con Vietnam. La idea ahora de la Comisión Europea, apoyada por parte de Canadá, es extrapolar este sistema a un marco multilateral mediante la creación de un tribunal multilateral de inversiones. Vid. sobre estas cuestiones, E. FERNÁNDEZ MASÍA, “El arbitraje inversor-Estado como víctima del movimiento “antiglobalización””, en *Justicia civil y penal en la era global*, S. Barona Vilar (ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp.265-291.

¹² M. LÓPEZ ESCUDERO, “Arbitrajes de inversiones contra España...”, op.cit., pp.243-245.

¹³ Sobre las objeciones presentadas en relación con la jurisdicción y admisibilidad y los razonamientos de los tribunales en estos casos, puede consultarse M. REQUENA CASANOVA, “El régimen de promoción de las energías renovables español pasa su primer examen internacional: el caso Charanne y Construction Investments c. España (Jurisdicción)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol.68, nº.2, 2016, pp.359-367; J. E. SORIANO Y J. L. IRIARTE, “Reflexiones procesales sobre el laudo final dictado el 21 de enero de 2016 (Reino de España asunto fotovoltaicas) con resumen del mismo”, *Arbitraje: revista de arbitraje y de inversiones*, Vol.9, nº.2, 2016, pp.465-498; I. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, “A propósito del primer laudo...”, op.cit., pp.3-4.

¹⁴ Un análisis del contenido de este laudo puede encontrarse en los trabajos de V. R. HERNÁNDEZ MENDIBLE, *Revista de Administración Pública*, nº.202, 2017, pp.223-253; F. PASCUAL VIVES, “El régimen de promoción de las energías renovables

1. Los medios eficaces para el ejercicio de los derechos

12. En relación con la obligación de proporcionar medios eficaces para el ejercicio de los derechos¹⁵, la parte demandante alegó que el demandado, cuando modificó los requisitos y condiciones introduciendo los cambios mediante un acto normativo como el Real Decreto-Ley 14/2010, les privaba de poder atacarlos mediante la presentación de un recurso en el orden contencioso-administrativo dada la naturaleza jurídica de dicho acto normativo.

13. El tribunal, para valorar esta cuestión, señaló que esta obligación no impone a un Estado la necesidad de establecer una determinada y concreta organización de su sistema judicial, sino que el sistema de leyes y de recursos judiciales que se ponga a disposición de los justiciables ha de funcionar de una manera efectiva. En concreto, y en relación con el sistema judicial español, el tribunal consideró que las vías proporcionadas eran suficientes para cumplir este estándar de protección de medios eficaces, pues en todo caso, cabe dos vías de impugnación. Así, en primer lugar, el inversor puede cuestionar la validez de este tipo de actos jurídicos cuando en un procedimiento ordinario que cuestione actos de desarrollo o de aplicación de este Real Decreto se pida que se eleve por parte del juez una cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional. Del mismo modo, en segundo lugar, siempre es posible la posibilidad de plantear una demanda de responsabilidad patrimonial contra el Estado¹⁶.

2. La expropiación indirecta

14. Por lo que concierne a la pretendida violación de la obligación de no expropiar injustificada y desproporcionadamente, el artículo 10.3 del Tratado de la Carta de la Energía prohíbe medidas de nacionalización, expropiación o medidas de efecto equivalente, salvo por un motivo de interés público, de manera no discriminatoria, con arreglo al procedimiento legal y mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva¹⁷. Para el demandante, la adopción por parte de España de las medidas regulatorias constituía una expropiación indirecta de los rendimientos derivados de sus activos, produciéndose un brutal impacto económico en la actividad desarrollada.

15. El tribunal examinó dicha pretensión considerando dos cuestiones¹⁸. La primera se refería a que la inversión protegida por el Tratado debe estar en posesión o bajo el control del inversor en el momento de adopción de las medidas controvertidas, y en este caso, lo que se posee por parte de la demandante es una participación en acciones en una sociedad mercantil, pero no los rendimientos futuros de la empresa. La segunda cuestión, se refiere al propio concepto de expropiación indirecta.

16. A juicio del tribunal arbitral, para que pueda considerarse una expropiación no basta con que la rentabilidad de las acciones poseídas en la empresa se ve seriamente afectada, sino que es preciso que la pérdida de valor ha de ser de tal magnitud que equivalga a la privación total o parcial de la inversión. Para el tribunal, la adopción de las medidas regulatorias ha supuesto una reducción de la rentabilidad de las plantas fotovoltaicas, pero incluso ésta se ha seguido manteniendo positiva, tal y como la propia parte demandante admite, por lo que ni mucho menos queda probado que las medidas impugnadas hayan tenido efectos equivalentes a una expropiación, que hayan provocado que el valor de la inversión se haya destruido.

español pasa su primer examen internacional: el caso Charanne y Construction Investments c. España (Fondo)", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol.68, n.º.2, 2016, pp.369-377.

¹⁵ Sobre este estándar de protección muy recientemente, O. M. GARIBALDI, "Effective Means to Assert Claims and Enforce Rights", en *Building International Law. The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2016, pp.359-374.

¹⁶ Laudo, cit., párr. 471-472.

¹⁷ Sobre el concepto de expropiación indirecta y la jurisprudencia arbitral, I. IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, *El arbitraje en los litigios de expropiación en inversiones extranjeras*, Barcelona, Bosch, 2010, pp.285-317.

¹⁸ Laudo cit., párr.459-466.

3. El trato justo y equitativo

17. Por lo que se refiere a la violación de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo¹⁹, la parte demandante alega que, por una parte, se ha producido una alteración inesperada del marco regulatorio y económico que le era aplicable, vulnerando sus legítimas expectativas. Además, en segundo lugar, también se viola este principio por los actos jurídicos impugnados ya que se conculcan sus derechos adquiridos, al desplegar efectos retroactivos.

18. El tribunal respecto de la primera cuestión referida a la alteración del marco regulatorio y vulneración de las expectativas legítimas del inversor, comenzó por aclarar que el objeto del litigio se centraba únicamente en el paquete de medidas regulatorias del 2010 y por ello no podía entrar a valorar las posteriores medidas legislativas y si todo el conjunto de la mismas está falto de claridad y supone un ejercicio de inestabilidad regulatoria²⁰.

19. Aclarado lo anterior, el tribunal consideró que es de una importancia esencial para valorar si se ha violado la obligación de trato justo y equitativo, la existencia de unas legítimas expectativas por parte del inversor. Y ello porque se señala que, como expresión del principio de buena fe en el Derecho internacional consuetudinario, un Estado no puede inducir a un inversor a realizar una inversión, generando unas expectativas legítimas, para luego desconocer los compromisos que hayan generado dichas expectativas²¹.

20. La generación de estas legítimas expectativas ha de proceder o bien de un compromiso específico o bien del conjunto de normas jurídicas que, aunque no han sido dirigidas específicamente a un inversor en particular, han sido adoptadas con el fin de inducir a realizar la inversión y en las que el inversor extranjero se basó para hacerla. Desechada la idea de que la adopción de las normas regulatorias impugnadas pudiera considerarse un compromiso específico como pudiera ser una cláusula de estabilización, la discusión se centró en valorar si el conjunto del ordenamiento jurídico español vigente en el momento de realizar la inversión podía generar dichas legítimas expectativas y, si eso había sido así, además cuales o de que tipo²².

21. Para realizar tal análisis, ha de partirse de un estándar objetivo, no siendo suficiente la mera convicción subjetiva del inversor en el momento de realizar la inversión. E igualmente, como segundo presupuesto, se hace preciso valorar que la generación de la expectativa haya sido razonable en el caso concreto, siendo especialmente relevante en este caso tomar en consideración las posibles representaciones realizadas por el Estado para inducir a realizar la inversión.

22. Para el tribunal, en este caso, lo verdaderamente importante es conocer si se había creado la expectativa legítima de que el marco regulatorio permanecería inmutable durante toda la vida útil de las plantas fotovoltaicas, llegando a la conclusión de que ello no podía aceptarse, pues admitir la existencia de semejante expectativa sería el equivalente a congelar el marco regulatorio aplicable²³. Junto con lo anterior, además, el tribunal afirma que, para valorar la existencia de unas expectativas legítimas, se requiere igualmente examinar la conducta de los inversores y especialmente se precisa que éstos hayan realizado un análisis diligente del marco jurídico de su inversión. En este caso concreto, se rechaza que las medidas concretas no fueran previsibles en el momento de la inversión, pues tanto la legislación como la jurisprudencia española eran claras sobre la posibilidad de modificarse el sistema de retribución establecido²⁴.

¹⁹ Sobre el contenido de esta obligación y la práctica arbitral, M. JACOB Y S. W. SCHILL, "Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method", en *International Investment Law. A Handbook*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp.700-763; M. LÓPEZ ESCUDERO, "Arbitrajes de inversiones contra España...", op.cit., pp.261-263.

²⁰ Laudo cit., párr.483.

²¹ Ibid., párr.486.

²² Ibid., párr.490-493.

²³ Ibid., párr.503.

²⁴ Ibid., párr.505-507.

23. Por tanto, el tribunal concluye que no cabe la existencia de una expectativa razonable, a falta de un compromiso específico, de que el marco regulatorio no pueda ser modificado para adaptarse a las condiciones del mercado y el interés público, esto es, se reconoce al Estado un cierto margen de discreción, o si queremos llamarlo así, de flexibilidad, en el ejercicio de su poder regulatorio en determinados sectores de importancia económica vital²⁵.

24. Sin embargo, dicho ejercicio no está exento de límites. Así, lo reconoce seguidamente el tribunal al estimar que, en todo caso, se frustrarían las expectativas legítimas del inversor y se produciría una violación de la obligación del trato justo y equitativo, si las modificaciones o cambios regulatorios fueran realizados por el Estado de manera irrazonable, contrariamente al orden público o de forma desproporcionada²⁶. Aplicando a las circunstancias concretas del caso estos límites, el tribunal llegó a las siguientes conclusiones:

- a) En primer lugar, y en relación con el umbral de proporcionalidad, éste se considera satisfecho siempre y cuando las modificaciones del marco regulatorio inicial no se hayan realizado de manera caprichosa o innecesaria, y que las características esenciales de tal regulación no se supriman de manera imprevisible o repentina. Para el tribunal, las reformas del paquete “de medidas regulatorias del 2010” no eran desproporcionadas porque no suprimieron las características fundamentales del marco regulatorio conforme al cual se realizó la inversión, pues en todo caso, los operadores fotovoltaicos mantuvieron su derecho a percibir una tarifa (FIT), y la posibilidad de vender de manera prioritaria la totalidad de su producción en el sistema²⁷.
- b) En segundo lugar, el tribunal también rechazó la posibilidad de considerar que las medidas impugnadas pudieran considerarse irracionales. Por el contrario, las medidas implementadas responden a circunstancias y criterios objetivos: por una parte, la limitación de la tarifa a treinta años se corresponde con la vida útil esperada de una planta de generación fotovoltaica y la limitación de horas elegibles responde a un criterio basado en la zona climática donde tenga su ubicación la planta concreta²⁸.
- c) Por último y, en tercer lugar, y en relación a la posible contrariedad con el interés público, el tribunal estima que precisamente dichas medidas regulatorias se habían implementado para tratar de limitar el déficit y la evolución del precio²⁹.

25. Por todas las anteriores razones, el tribunal declara que las normas impugnadas no pueden considerarse irrazonables, arbitrarias, contrarias al interés público o desproporcionadas. Tampoco son incoherentes o injustas, con lo cual no existe violación alguna de la obligación contemplada en el artículo 10.1 del Tratado de la Carta de la Energía³⁰.

26. Respecto de la violación del estándar del trato justo y equitativo en relación con el carácter retroactivo de las medidas regulatorias impugnadas y la afectación de los derechos adquiridos por parte de los inversores, cuestión que sería incompatible con el artículo 10.1 del Tratado de la Carta de la

²⁵ En este sentido, F. PASCUAL VIVES, “El régimen de promoción de las energías renovables...”, op.cit., p.372, llama la atención sobre la existencia de una incipiente tendencia en el Derecho internacional económico por el reconocimiento a los Estados de un cierto margen de apreciación y discreción en el ejercicio de su poder legislativo sobre los más importantes sectores económicos. Podemos afirmar que esta idea la encontramos en el reciente texto del CETA, donde existe un cambio de la regulación a nivel de la protección sustancial otorgada a los inversores. Sobre esta cuestión, E. FERNÁNDEZ MASÍA, “Los mecanismos de solución de diferencias inversor-Estado en una encrucijada: del arbitraje a la creación de un Tribunal Multilateral, ¿pasando por un sistema de Tribunales Internacionales de Inversiones?”, en *La política de la Unión Europea en materia de derecho de las inversiones internacionales*, K. Fach Gómez (ed.), Barcelona, Bosch, 2107, pp.157-160.

²⁶ Laudo cit., párr.513-515.

²⁷ Ibid., párr.517-533.

²⁸ Ibid., párr.534.

²⁹ Ibid., párr.536.

³⁰ Ibid., párr.540. Téngase en cuenta la existencia de la opinión disidente de la mayoría del árbitro G. Tawil, quién estimó que si se habían generado legítimas expectativas para el inversor en este caso por parte del Estado español. Puede consultarse en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7048_0.pdf, [consultado el 10 de julio de 2017].

Energía, el tribunal no acepta el argumento defendido por los inversores. Para el tribunal, la obligación de otorgar un trato justo y equitativo no puede implicar en ningún caso la posibilidad de que el marco regulatorio ha de mantenerse igual para todas las plantas elegibles a lo largo de su vida útil. Semejante postura, se señala, llevaría, en efecto, a congelar el marco regulatorio, limitando cualquier cambio de la regulación a nuevas plantas de generación que se instalaran con posterioridad. Concluye, por tanto, el tribunal declarando que no existe aplicación retroactiva a los periodos de operación anterior, ya que las medidas regulatorias sólo se aplican a partir de su entrada en vigor a las plantas que ya operan³¹.

III. El laudo en el caso *Isolux c. España*

27. El segundo de los laudos dictados fue en el caso *Isolux c. Reino de España* el 12 de julio de 2016. Constituye la segunda victoria del Estado español, pues el tribunal arbitral rechazó todas las pretensiones de la parte demandante. Sin embargo, existe una diferencia esencial respecto del citado caso *Charanne*. En este caso, se impugnaron el paquete de “medidas regulatorias del 2013”, especialmente, el RDL 2/2013 y el RDL 9/2013 que eliminaron por completo los incentivos. La parte demandante estimaba que las distintas medidas regulatorias adoptadas por España que modificaron el marco inicial establecido en 2007 violaban las obligaciones contempladas en el artículo 10 y en el artículo 13 del Tratado de la Carta de la Energía.

1. La pretendida violación del artículo 10 del Tratado de la Carta de la Energía

28. Respecto el artículo 10 del Tratado de la Carta de la Energía, se alegaba por la parte demandante que eran tres las obligaciones violadas por la adopción de los actos normativos impugnados: la obligación de conceder un trato justo y equitativo, la obligación de asegurar una protección y seguridad completa a la inversión y, por último, la obligación de no perjudicar mediante medidas exorbitantes o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las inversiones.

29. Respecto de la pretendida violación de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo, el tribunal se centra en delimitar cuando se puede entender que se han generado expectativas legítimas al inversor, lo cual ha de realizarse mediante un juicio objetivo, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. Entre estas circunstancias es preciso tomar en consideración, de manera muy relevante, la propia conducta diligente del inversor y la información con la que contaba éste en el momento de realizar la inversión³². Y en este caso concreto, para el tribunal, el marco regulatorio existente –con las modificaciones que se habían venido produciendo con anterioridad y los estudios e informes que se estaban haciendo sobre su futura reforma– en la fecha en que realizó la inversión –el 29 de octubre de 2012–, no podía generar una expectativa razonable de que dicho marco no sería modificado con posterioridad. Lo más que pudo generarse como expectativa legítima para el inversor era la consecución de una rentabilidad razonable de la inversión.

30. El Estado español había ido modificando el marco regulatorio varias veces con anterioridad a la fecha de la inversión, teniendo la posibilidad de adaptarlo tomando en consideración las necesidades técnicas y económicas de cada momento. Una actuación estatal que además se ha considerado legal y legítima por parte de la jurisprudencia española, siempre que se garantice al inversor una rentabilidad razonable de la inversión, y que era conocida por parte del inversor cuando realizó la inversión³³. Por ello, finalmente, y tras confirmar que no había existido irretroactividad de las medidas, puesto que no se obliga a devolver las retribuciones cobradas con anterioridad a la entrada en vigor de los actos jurídicos impugnados, el tribunal arbitral apreció que no había existido una violación de la obligación de conceder un trato justo y equitativo³⁴.

³¹ Laudo cit., párr. 546.

³² Laudo cit., párr. 778-781.

³³ *Ibid.*, párr. 788-791.

³⁴ *Ibid.* párr. 815.

31. Respecto a la pretendida violación de asegurar una protección y seguridad completa a la inversión, el tribunal estima que en este caso la demandante no puede hacer valer este estándar de protección frente a la pretendida inestabilidad del marco regulatorio³⁵, pues el fin de dicha obligación es otro muy distinto: garantizar al inversor frente a los posibles actos que puedan causar daños llevados a cabo por terceros o por agentes del propio Estado³⁶.

32. En relación con la pretendida violación de no perjudicar medidas exorbitantes o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las inversiones, el tribunal estima que, en este caso concreto, además de que no pueden considerarse irrazonables las medidas adoptadas con el objetivo de proteger al consumidor, éstas últimas hayan tenido un efecto negativo sobre la rentabilidad de las inversiones³⁷.

2. La pretendida violación del artículo 13 del Tratado de la Carta de la Energía

33. En relación con el artículo 13 del Tratado de la Carta de la Energía, el demandante alegaba que se había violado la obligación de no expropiar injustificada y desproporcionadamente, pues las medidas regulatorias impugnadas habían tenido como efecto una privación sustancial de la inversión. La argumentación de la parte demandante en este caso fue similar a aquella que había sido hecha por la parte actora en el caso Charanne.

34. En este caso, el tribunal estimó que, a pesar de que el objeto de protección son las acciones y no los rendimientos, la protección concedida por el artículo 13 del Tratado de la Carta de la Energía se extiende tanto a la titularidad de las acciones como al valor de las mismas. Por ello, una disminución de los rendimientos de la inversión como consecuencia de las medidas estatales puede ser representativa de la disminución del valor económico de la inversión, y si tal disminución es sustancial y significativa, reflejar la existencia de una expropiación indirecta³⁸. Tras afirmar lo anterior, el tribunal se centró en la cuestión esencial, en consecuencia, y que no era tras, más que determinar si las medidas regulatorias adoptadas por España tenían un efecto expropiatorio sobre la inversión. En este caso y, tras valorar los informes periciales presentados, no podía ni mucho menos afirmarse que pudiera hablarse de una pérdida radical o severa, pues a juicio del tribunal, incluso la rentabilidad actual era superior a aquella de la que gozaban las instalaciones fotovoltaicas en el momento de realizar la inversión³⁹. Por todo lo anterior, finalmente se rechazó también esta pretensión del demandante.

IV. El laudo en el caso Eiser c. España

1. Las medidas impugnadas y las reclamaciones presentadas por el inversor

35. Tal y como ya hemos señalado, el 4 de mayo de 2017 se emitió el laudo en el caso Eiser c. Reino de España y en este caso, el tribunal sí que estimó gran parte de las pretensiones de la parte demandante. En concreto, en este caso, Eiser impugnó las distintas medidas regulatorias adoptadas por el gobierno español desde el año 2007 –año en donde se establece de manera general el marco regulatorio inicial basado en una serie de incentivos a la producción– y que pasan por un primer paquete de medidas regulatorias del 2010 –donde se recortan dichos incentivos– y un segundo paquete de medidas regulatorias del 2013-14, donde prácticamente se elimina cualquier tipo de incentivo. Dichas últimas medidas, específicamente, el Real Decreto 8/2013, Real Decreto 413/2014 y la Orden Ministerial IET/1045/2014, suponen para el demandante, de acuerdo con lo contemplado en el Tratado de la Carta de la Energía, una

³⁵ Ibid., párr.816-819.

³⁶ Sobre el estándar de plena protección y seguridad, R. A. LORZ, “Protection and Security”, en *International Investment Law*, op.cit., pp.764-789.

³⁷ Laudo cit., párr.820-825.

³⁸ Ibid. párr.835-836.

³⁹ Ibid. párr. 843-852.

expropiación de sus inversiones, violación del trato justo y equitativo, sometimiento de las inversiones a medidas exorbitantes y, por último, no honrar los compromisos asumidos por España con dichas inversiones. Estas cuatro reclamaciones, sin embargo, a juicio del tribunal, y en razón de argumentos de “economía judicial”, deberían todas ser examinadas conjuntamente considerando si las medidas impugnadas han violado la obligación contemplada en el artículo 10.1 del Tratado de la Carta de la Energía, esto es, la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo⁴⁰.

2. El umbral de la obligación de trato justo y equitativo

36. En nuestra opinión, aquí se centra la cuestión esencial a dilucidar en este arbitraje y en concreto, en qué consiste esta obligación y cuál es el umbral o los límites a partir de los cuales su violación supone incurrir en responsabilidad internacional por parte del Estado receptor de la inversión⁴¹. Para realizar tal análisis, el tribunal en este caso ha seguido una aproximación similar a la ya realizada en el caso Charanne, aunque las conclusiones a las que ha llegado sean totalmente diferentes. Hay que señalar, que este tribunal en el caso Eiser no ha tomado en consideración el laudo Isolux, a pesar de una solicitud de la parte demandada en este sentido, pues dicho laudo estaba sometido en ese momento a un estricto carácter de confidencialidad.

37. El tribunal comienza afirmando que el estándar de otorgar un trato justo y equitativo no impide el derecho a regular por parte de los Estados, especialmente, porque estos tienen la que adaptar el marco regulatorio a las cambiantes circunstancias económicas, políticas y legales futuras. En consecuencia, a falta de compromisos específicos, no puede existir una expectativa legítima por parte del inversor de inmutabilidad del marco regulatorio inicial⁴². Cuestión que, como ya hemos visto, ya había señalado el tribunal en el caso Charanne.

38. Sin embargo, el tribunal en este caso, trata de distinguir la situación fáctica en este supuesto de aquél que tuvo que enjuiciar el órgano arbitral en el caso Charanne. En efecto, como ya hemos señalado, en este último laudo únicamente se pronuncia sobre el paquete de medidas del 2010 y no sobre las medidas legislativas posteriores, en particular, sobre el paquete de medidas del 2013-2014. En este sentido, ya el propio tribunal arbitral en el caso Charanne alertó sobre esta cuestión, pues señaló que no se pretende prejuzgar “...de manera alguna las conclusiones a las que podría llegar otro tribunal arbitral con base en el análisis del conjunto de las normas adoptadas hasta la fecha, incluyendo las normas del 2013, que han quedado por elección de las partes fuera del análisis sometido a este tribunal”⁴³. Consecuentemente, el tribunal arbitral en el caso Eiser, distingue los dos casos, declarando que “las medidas cuestionadas en Charanne tuvieron efectos mucho menos dramáticos que las medidas materia de este caso”⁴⁴.

39. La idea que podemos extraer de lo señalado por el tribunal arbitral es que el ejercicio del derecho a regular por parte del Estado tiene, sin embargo, también límites y la consiguiente violación de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo se puede producir si estos límites se sobrepasan. El derecho a regular se puede ejercitar de forma flexible, pero en todo caso, ha de mantener la estabilidad en las características fundamentales del marco regulatorio en el que se han basado los inversores para realizar tal inversión. En todo caso y en este sentido, el tribunal subraya que la obligación del artículo 10.1 del TCE de otorgar un trato justo y equitativo significa que los regímenes regulatorios aplicables a

⁴⁰ Laudo cit., párr.350-356.

⁴¹ Téngase en cuenta que la parte demandada presentó extemporáneamente una nueva defensa basada en que las inversiones realizadas por la parte demandante no podían acogerse al régimen contemplado en el marco regulatorio inicial del 2007 pues las instalaciones donde se había invertido superaban el límite máximo de potencia que marcaba la legislación para poder beneficiarse del régimen especial previsto. Esta argumentación, sin embargo, no fue apoyada con posterioridad por un convincente arsenal de pruebas, tanto periciales como documentales, sino que, por el contrario, la opinión de los expertos presentados fue muy débil en sus razonamientos incurriendo en contradicciones y en falta de rigor. Vid. Laudo cit., párr.340-342.

⁴² Ibid. párr. 362.

⁴³ Laudo cit., párr.542.

⁴⁴ Laudo cit., párr. 368.

las inversiones existentes no se pueden alterar radicalmente de manera tal que se prive a los inversores que invirtieron en base a dichos regímenes del valor de su inversión⁴⁵.

40. Dicho de otra manera, y siguiendo la argumentación de Charanne, el tribunal en este caso retoma la idea de que cuando un Estado modifica su legislación, el inversor mantiene la expectativa razonable de que dicha actuación no será irrazonable, desproporcionada o contraria al interés público. En particular, el tribunal estima que una medida no es desproporcionada o irracional, siempre que el cambio no sea caprichoso o innecesario y que no llegue a suprimir de manera imprevisible y repentina las características esenciales del marco regulatorio existente⁴⁶.

41. A juicio del tribunal en el caso Eiser, es verdad, por consiguiente, que la parte demandante no puede esperar que no existan cambios en el tiempo del marco regulatorio inicial, pero, en este caso concreto, las medidas regulatorias del 2013-14 suponen una modificación total e irrazonable, que destruyen el valor de la inversión. Implican, tras analizar los informes periciales y los testimonios de los testigos, un cambio del régimen regulatorio, basado en un enfoque normativo nuevo y no probado, con el objetivo de reducir significativamente los subsidios a las plantas existentes, fundamentado en premisas y supuestos totalmente diferentes⁴⁷.

42. En particular, el nuevo régimen culminado por la Orden Ministerial IET/1045/2014, contempla un sistema que utiliza una hipotética nueva “planta tipo” para calcular la remuneración de las plantas ya existentes que habían sido proyectadas, construidas y financiadas confiando en el sistema previsto inicial del año 2007. Y para el tribunal, la elaboración y diseño de este sistema no toman en consideración las características reales y los costos verdaderos asociados a la construcción y financiación de las plantas instaladas y en funcionamiento⁴⁸. En la práctica, y corroborado por los informes periciales y el testimonio de los peritos, se había producido una importantísima reducción de los ingresos previstos conforme al marco regulatorio inicial, que no permitía siquiera hacer frente al pago de la deuda frente a los prestamistas externos. Todo ello, privaba a la parte demandante del valor total de su inversión, por lo que el tribunal estimó finalmente que se había violado por parte de España su obligación de otorgar un trato justo y equitativo en este caso.

V. Una mirada al futuro

43. Vistos estos casos y la resolución de los mismos, ¿qué podemos aventurar para el futuro ante la avalancha de próximos laudos sobre los asuntos pendientes sobre esta cuestión? Pues bien, antes de cualquier otra consideración es preciso señalar que en esta materia no existe la doctrina del precedente. Cada asunto es enjuiciado de una manera independiente por un nuevo tribunal arbitral, que está a su vez conformado generalmente por tres nuevos miembros distintos para cada caso y que las circunstancias fácticas y las argumentaciones jurídicas presentadas por las partes también son diferentes en cada supuesto.

44. Ahora bien, lo anterior no impide afirmar que, generalmente, los tribunales arbitrales suelen apoyar sus argumentos en los razonamientos jurídicos de otros tribunales que se han visto confrontados a supuestos similares. Por tanto, y con las debidas matizaciones, aunque no cabe hablar de precedente jurídico, sí podemos hablar de un precedente fáctico. Y aquí, en particular, las cuestiones más importantes sobre las que deberán girar los razonamientos de otros tribunales residen en los diferentes efectos de las distintas medidas regulatorias impugnadas y sobre todo, el umbral requerido para considerar violado el principio del tratamiento justo y equitativo que, como hemos visto, no parece en gran medida ser diferente en los casos Charanne y Eiser, pero sí es matizado en el caso Isolux, donde se otorga una importancia muy relevante a la conducta del propio inversor.

⁴⁵ Ibid., párr. 382.

⁴⁶ Ibid. párr.370, retomando los razonamientos del laudo en el caso Charanne, cit., párr.514-517.

⁴⁷ Ibid. párr.390-391.

⁴⁸ Ibid. párr..413-414.